

Anno 11 – Numero 10

15 maggio 2013

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- CONCORDATO IN CONTINUITÀ
- AFFITTO DI AZIENDA
- ESCLUSIONE DEL SOCIO

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Antonio Caiafa, Giulia Garesio, Giuseppe A. Policaro, Luciano M. Quattrocchio

INDICE

	<i>Page</i>
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>L'affitto di azienda, rapporto giuridico e preesistente</i> di Antonio Caiafa	7
STUDI E OPINIONI	
<i>L'esclusione del socio nelle società personali</i> di Giulia Garesio	23
PROBLEMI DELLA PRASSI	
<i>Redazione del piano e dell'attestazione nel concordato preventivo in continuità. Disclosures e attività di monitoraggio nella fase di esecuzione. Rassegna della best practice in materia</i> Luciano M. Quattrocchio	55
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Le dimissioni del sindaco effettivo dal collegio sindacale hanno effetto immediato</i> (Trib. Bari, IV sez. civ., 2 febbraio 2013) Giuseppe A. Policaro	95
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	105
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	109
INFORMAZIONE CONVEGNI	112

SOMMARIO

RELAZIONI A CONVEGNI

L'affitto di azienda, rapporto giuridico e preesistente

L'Autore, nell'ambito dei rapporti giuridici pendenti, si sofferma in particolare sull'istituto dell'affitto di azienda.

di **Antonio Caiafa**

STUDIE OPINIONI

L'esclusione del socio nelle società personali

L'esclusione del socio costituisce uno strumento di "giustizia privata endosocietaria" che può facilmente prestare il fianco ad abusi, come emerge indirettamente dalla disamina delle disposizioni codicistiche e delle pronunce giurisprudenziali sul tema.

di **Giulia Garesio**

PROBLEMI DELLA PRASSI

Redazione del piano e dell'attestazione nel concordato preventivo in continuità. Disclosures e attività di monitoraggio nella fase di esecuzione. Rassegna della best practice in materia.

L'Autore esamina alcuni problemi – afferenti la redazione del piano e l'attestazione nel concordato in continuità, così come la disclosure e l'attività di monitoraggio nella fase di esecuzione dello stesso – che sono possono essere incontrati dagli operatori. Infine, l'Autore presenta una rassegna della best practice in materia.

di **Luciano M. Quattrocchio**

COMMENTI A SENTENZE

Le dimissioni del sindaco effettivo dal collegio sindacale hanno effetto immediato (Trib. Bari, IV sez. civ., 2 febbraio 2013)

Il Tribunale di Bari conferma, con la sentenza in commento, l'interpretazione prevalente secondo cui la rinuncia di un sindaco effettivo ha efficacia immediata, anche nel caso in cui la sua sostituzione non sia possibile per la mancanza di sindaci supplenti.

di **Giuseppe A. Policaro**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
REPORTS ON CONFERENCES	
The Lease of a Business: Pre-existing Privity	7
<i>The Author, in the context of the pending privities, focuses in particular on the lease of a business.</i>	
by Antonio Caiafa	
STUDIES AND OPINIONS	
The Exclusion of a Partner	23
<i>The report analyses the exclusion of a partner, disclosing how easily it can be subject to misuses as indirectly shown by its discipline and case law on the matter.</i>	
by Giulia Garesio	
PROBLEMS IN PRACTICE	
The Preparation of the Plan and the Attestation in the so-called Composition with Creditors “in continuità”. The Disclosure and the Monitoring Activities in the Implementation Stage. Overview about the Best Practices.	55
<i>The Author examines some issues - related to the preparation of the plan and the attestation in the so-called composition with creditors “in continuità”, as well as the disclosure and monitoring activities carried out in its implementation - which may be faced by the operators. Finally, the Author presents an overview of the best practices in the field.</i>	
by Luciano M. Quattrocchio	
COMMENTS ON JUDGMENTS	
Renunciation of an auditor takes effect immediately (Trib. Bari, IV sez. civ., 2 febbraio 2013)	95
<i>The Court of Bari has confirmed the prevailing interpretation according to which the renunciation of an auditor takes effect immediately, even if the replacement is not possible by the lack of substitute statutory auditors.</i>	
by Giuseppe A. Policaro	

LE DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO DAL COLLEGIO SINDACALE HANNO EFFETTO IMMEDIATO

(TRIB. BARI, IV SEZ. CIV., 2 FEBBRAIO 2013)

Il Tribunale di Bari conferma, con la sentenza in commento, l'interpretazione prevalente secondo cui la rinuncia di un sindaco effettivo ha efficacia immediata, anche nel caso in cui la sua sostituzione non sia possibile per la mancanza di sindaci supplenti.

di GIUSEPPE ANTONIO POLICARO

1. Con la pronuncia in commento, il Tribunale di Bari ha accolto l'orientamento secondo cui la rinuncia del sindaco effettivo ha efficacia immediata, anche nel caso in cui non vi siano sindaci supplenti da far subentrare ai dimissionari.

Il caso di specie prende origine da un ricorso presentato *ex art.* 2192 c.c. da tutti i sindaci di una s.r.l., sia effettivi che supplenti, ai quali era stata rifiutata dal Conservatore del Registro delle Imprese presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari e, successivamente, dal Giudice del Registro, la cessazione degli incarichi al Registro delle imprese. Tale ricorso, presentato avverso il decreto del Giudice del Registro con il quale si sanciva la permanenza in carica dei sindaci in regime di *prorogatio*, era invece accolto dal Tribunale adito: veniva quindi riformato il decreto del Giudice del Registro e ordinato al Conservatore l'iscrizione della cessazione dei componenti del collegio sindacale.

Nel provvedimento del Tribunale pugliese, si dà atto che “*nel caso di specie è intervenuta rinuncia e non già scadenza del termine*”, stabilendo di conseguenza l'impossibilità di applicare “*in via analogica il disposto di cui all'art. 2385 c.c. (il quale prevede l'istituto della prorogatio nella carica per gli amministratori) e dell'art. 2400, comma 1, c.c. (il quale prevede la prorogatio dell'incarico in ipotesi di cessazione del collegio sindacale per scadenza del termine e non già per rinuncia)*”.

COMMENTI A SENTENZE

DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO

I giudici del Tribunale pugliese specificano, inoltre, che “*con riferimento al disposto di cui all’ art. 2385 c.c., l’istituto della prorogatio risponde ad una precisa ed imprescindibile esigenza, che è quella di evitare una vacatio dell’organo amministrativo titolare dei poteri di gestione, esigenza non altrettanto imprescindibile con riferimento all’organo di controllo, la cui assenza viene risolta dal sistema con la previsione dello scioglimento della società (così impedendo la sopravvivenza di una società priva dell’organo di controllo)*”.

E d’altro canto, relativamente alla disciplina prevista per l’organo di controllo, si osserva come il nuovo art. 2400, comma 1, c.c., “*prevede la proroga dell’incarico nella sola ipotesi di cessazione del collegio sindacale per scadenza del termine e non per rinuncia*”. Quest’ultima fattispecie è infatti “*specificatamente disciplinata dall’art. 2401, ult. comma, c.c., il quale prevede la convocazione dell’assemblea, da intendersi senza indugio, e non già la proroga (essendo la rinuncia equiparata dalla norma alla morte)*”.

In definitiva, alla luce delle osservazioni conclusive espresse dal Tribunale adito, la proroga può essere solo “*ipotizzata con riferimento a chi abbia accettato l’investitura e ne sia cessato per scadenza del termine, e non anche con riferimento a chi abbia esplicitamente manifestato la volontà di non voler svolgere la funzione*”.

2. Secondo il Tribunale del capoluogo pugliese, la riforma del diritto societario, introdotta come è noto dal d.lgs. 6 del 17/1/2003, non prevedrebbe alcun regime di *prorogatio* in ipotesi di cessazione dei sindaci per rinuncia: la norma si limiterebbe a specificare che solo la cessazione dell’organo di vigilanza per scadenza del termine avrebbe efficacia dal momento in cui il medesimo viene ricostituito.

L’interpretazione accolta dal Tribunale di Bari appare peraltro in linea con quanto addotto da altri giudici di merito: in particolare, già il Tribunale di Milano ha avuto modo di esprimersi su una fattispecie analoga¹. Il Giudice del Registro presso il Tribunale meneghino, a fronte di dimissioni da parte di un sindaco effettivo di una società, ha infatti ribadito come le stesse abbiano efficacia immediata, indipendentemente dalla accettazione dell’assemblea, e anche nel caso in cui la sostituzione non sia possibile per mancanza di sindaci supplenti². Anche in questo caso,

¹ Trib. Milano, 2 agosto 2010, in *Società*, 2010, p.1310 ss.

² Come è noto, la rinuncia all’incarico di sindaco, esercitabile in qualsiasi momento, è una dichiarazione unilaterale recettizia indirizzata agli amministratori della società. Nel caso in cui manchi una giusta causa, è opinione condivisa che la società possa chiedere al sindaco dimissionario il risarcimento dei danni eventualmente provocati: ovviamente, la società dovrà a sua volta provare il danno sopportato, nonché il nesso di causalità tra rinuncia e il danno medesimo (prova non facile da dimostrare). Cfr. G.U. TEDESCHI, *Il collegio Sindacale*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, p.77; G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino,

COMMENTI A SENTENZE

DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO

il giudice milanese, richiamando in sentenza quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 2401 c.c., desume che, qualora il collegio sindacale a seguito delle dimissioni dei sindaci effettivi non possa ricostituirsi per mancanza di sindaci supplenti, lo stesso non potrà in alcun modo essere prorogato, dovendosi invece convocare senza indugio l'assemblea dei soci affinché provveda alle nuove nomine. Al riguardo, interessante appare l'attenzione posta dal magistrato milanese al nostro ordinamento nel suo complesso ed in particolare all'ambito pubblicistico, ove l'istituto della *prorogatio* ha carattere eccezionale e quindi non suscettibile di applicazione analogica³. In definitiva, secondo il Giudice del Registro presso il Tribunale di Milano (e conformemente a quanto verrà espresso dal Tribunale del capoluogo pugliese), la legge di riforma non avrebbe introdotto alcun regime di *prorogatio* nell'ipotesi di cessazione di sindaci per rinuncia, limitandosi a precisare che solo la cessazione per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il collegio è ricostituito ai sensi dell'art. 2400, comma 1, c.c.⁴ Per i giudici milanesi sarebbe dunque irrilevante l'esigenza di continuità di funzionamento dell'organo di vigilanza, posto che solo per esso, a differenza di quanto avviene per il consiglio di amministrazione, è possibile ipotizzare una temporanea assenza. Solo nel caso in cui tale situazione dovesse prorogarsi nel tempo, la società andrebbe sciolta per mancato funzionamento dell'assemblea (inadempiente in ordine alla nomina dei nuovi sindaci)⁵.

Tale impostazione, con particolare riferimento alla natura dell'atto di dimissioni dei sindaci, risulta peraltro condivisa anche dal Tribunale di Napoli. A parere dei giudici partenopei, proprio la non completezza del collegio sindacale, seppur momentanea, rappresenterebbe un istituto contemplato dal nostro legislatore. Il quale, di conseguenza,

1988, V, p. 45; M. FRANZONI, *Gli amministratori e sindaci*, Torino, 2002, p. 684 ss.; P. MAGNANI, *Collegio Sindacale - controllo contabile, art. 2401*, in *Commentario alla riforma della società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, p.146 ss.

³ Si veda Cost., 4 maggio 1992, n. 208 e quanto disposto dal D.L. 16 maggio 1994, n. 293, convertito dalla L. 15 luglio 1994, n. 444. Secondo il Tribunale di Milano, infatti, "nell'ambito pubblicistico nel quale il meccanismo della *prorogatio* è oggi qualificabile come eccezionale, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale del 4 maggio 1992, n. 298 (che ha precisato come l'istituto in esame non risponda ad una esigenza generalizzata dell'ordinamento ma appunto costituisca una eccezione alle norme che fissano la durata in carica degli organi amministrativi, come tale applicabile solo ai casi espressamente previsti) e del successivo decreto legge 16 maggio 1994, n. 293, come convertito dalla legge 15 luglio 1994, n. 444, che ha positivamente confermato l'eccezionalità dell'istituto riducendone l'applicazione per gli organi amministrativi dal punto di vista soggettivo, oggettivo e temporale".

⁴ Conseguentemente, l'omessa iscrizione da parte della Camera di Commercio della cessazione dall'ufficio richiesta dall'organo amministrativo o dal sindaco dimissionario è da considerarsi quale illecito amministrativo.

⁵ Cfr. A. IORIO, S. SERENI, *Il collegio sindacale nelle S.r.l.*, Milano, 2011, p. 26.

COMMENTI A SENTENZE

DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO

ha escluso *ab origine* la possibilità di *progratio* per i sindaci che rinunciano al loro incarico⁶.

3. Invero, la posizione tenuta nella sentenza in analisi non pare sia condivisa in tutte le aule giudiziarie: altra giurisprudenza ha infatti sottolineato come la rinuncia alla carica di sindaco effettivo abbia efficacia immediata, indipendentemente dall'accettazione delle dimissioni da parte dell'assemblea, solo quando sia possibile l'automatica sostituzione con un sindaco supplente⁷. In particolare il Tribunale di Mantova, in una sentenza relativamente recente, ha reputato doversi applicare il regime della proroga coatta prevista per gli amministratori di società per azioni *ex art.* 2385,

⁶ Trib. Napoli, 15 ottobre 2009 in *ilcaso.it*; Id. Trib. Monza, 26 aprile 2001, in *Società*, 2001, p. 1229 ss., con nota di Bianchi; App. Bologna, 19 maggio 1998, in *Società*, 1998, p. 864 ss.; App. Bologna, 18 maggio 1988, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 454 ss.; Trib. Milano, 26 aprile 1983, in *Società*, 1983, p. 1157 ss., con nota di G. Ferri e V. Salafia. I giudici napoletani, nella sentenza del 15 ottobre 2009, hanno infatti evidenziato come “le dimissioni si sostanzino in un diritto potestativo. Il diritto potestativo, per definizione, e in mancanza di esplicite previsioni contrarie, non tollera restrizioni condotte necessitate (ossia oneri), che incidano sulla sua efficacia; e tali regole assumono specifica rilevanza in seno a rapporti di durata, com'è quello che lega i sindaci alle società per la quale svolgono attività di vigilanza e controllo ...(*Omissis*)... Né, d'altronde, si può prospettare che i sindaci dimissionari rimangano in carica in virtù di *prorogatio* sino alla nomina dei sostituti. Una tale previsione è estranea all'art. 2401, il quale, anzi, detta una regola indirizzata nella direzione opposta, in base alla quale se con i sindaci non si completa il collegio sindacale, deve essere convocata l'assemblea perché provveda all'integrazione del collegio medesimo. Dunque, qualora il collegio non sia integro, il rimedio consiste appunto e soltanto nella convocazione dell'assemblea. Risalta questa disciplina particolare della sostituzione dei sindaci al cospetto della disciplina di segno diverso dettata dall'art. 2385 c.c. in tema di cessazione degli amministratori. Questa norma espressamente regola la *prorogatio* degli amministratori in ipotesi di rinuncia o anche di scadenza del termine, integrando la disposizione contraria cui si faceva cenno con i diritti potestativi di recesso. La diversità di disciplina è del resto razionale, giacché se non è ipotizzabile una *vacatio*, anche breve, dell'organo amministrativo, titolare dei poteri di gestione e quindi della vita operativa della società, è invece ammissibile una *vacatio* dell'organo di controllo, che non è chiamato a un impegno quotidiano e a una costante presenza fisica, sino al momento della convocazione dell'assemblea che proceda alla sostituzione”

⁷ Si vedano, tra l'altro, Trib. Mantova, 25 luglio 2009, in *ilcaso.it*; Cass., 18 gennaio 2005, n. 941, in *Giust. Civ.*, 2006, 2, I, p. 445 ss.; Trib. Milano, 2 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1229 ss.; Trib. Verona, 25 maggio 1998, in *Società*, 1998, p. 1175 ss., con nota di R. Dabormida; Trib. Roma, 27 aprile 1998, in *Società*, 1998, p. 1442 ss., con nota di R. Ambrosini; Cass., 9 ottobre 1986, n. 5928 in *Società*, 1986, p. 1314 ss.; Trib. Roma, 10 gennaio 1973, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, p. 38 ss.

COMMENTI A SENTENZE

DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO

comma 1, c.c. anche ai componenti del collegio sindacale⁸. Secondo i giudici aditi, infatti, le dimissioni dei sindaci effettivi non produrrebbero effetto fino a che non ne abbiano contezza i sindaci supplenti. In base a tale visione, le dimissioni del sindaco, per essere efficaci, sono subordinate ad una comunicazione da effettuarsi nei confronti dei sindaci supplenti, se presenti⁹.

Secondo il Tribunale mantovano, in definitiva, sia in ipotesi in cui la comunicazione non pervenga al sindaco supplente, sia in quella per cui non siano proprio presenti, le dimissioni non avranno efficacia, dovendosi applicare per i dimissionari il regime di proroga coatta.

E' peraltro curioso osservare come proprio il Tribunale di Bari, in una sentenza datata, si esprime in un caso in cui alla rinuncia di alcuni sindaci effettivi avevano fatto seguito, dopo pochi giorni, quella dei supplenti, subentrati *ex art. 2401 c.c.*; il Tribunale barese, in quella occasione, ritenne operanti le dimissioni dei membri effettivi, sospendendone invece, in base alla *prorogatio*, quelle dei supplenti (e addossando peraltro a questi tutte le responsabilità fino alla ricostituzione del collegio)¹⁰.

4. Non sfugge come la soluzione prospettata dal Tribunale di Bari sia stata adottata anche dalle norme di comportamento del collegio sindacale delle società non quotate predisposte dal CNDCEC¹¹, nonché dal Comitato Triveneto dei notai¹².

Secondo tali previsioni, infatti, in tutti gli altri casi di cessazione dei sindaci diversi dalla scadenza del termine (ovverosia per morte, rinuncia e decadenza) la cessazione ha effetto immediato anche nella circostanza in cui con i sindaci supplenti non si completi il collegio sindacale. L'istituto della *prorogatio* avrebbe quindi carattere

⁸ Per un approfondimento sulla sentenza citata, si veda G.A. POLICARO, *Sostituzione del sindaco effettivo da parte del sindaco supplente: obbligo di comunicazione* (Trib. Mantova, 25 luglio 2009), in il *Nuovo Diritto delle Società*, 2010, 9, p. 106 ss.

⁹ Alla luce di tale prospettazione il sindaco supplente, peraltro, non sarebbe tenuto a formulare una nuova accettazione della carica a seguito delle dimissioni del collega effettivo, avendo già espresso il suo consenso in sede di prima nomina. Tale accettazione è quindi di per sé sufficiente per l'acquisizione della qualifica di sindaco effettivo non appena se ne verificano i presupposti oggettivi dettati dalla legge; deve però essere messo nella condizione di esercitare i poteri propri della sua carica a seguito di una comunicazione che appare, anche alla luce della sentenza in questione, quale presupposto indefettibile per il suo subentro.

¹⁰ Si veda, Trib. Bari, 1 agosto 1979, in *Vita not.*, 1980, p. 234; Id. Trib. Roma, 27 aprile 1998, in *Società*, 1998, p. 1442 ss.

¹¹ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale; norma 1.6.-cessazione dall'ufficio*, dicembre 2011.

¹² Comitato Triveneto dei Notai, *Massima H.E.I (Data di efficacia della cessazione dei sindaci)*, settembre 2006.

COMMENTI A SENTENZE

DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO

del tutto particolare e non sarebbe suscettibile di estensione a ipotesi diverse da quelle contemplate dalla norma, ovvero sia alla rinuncia del sindaco.

In particolare, nelle norme di comportamento del collegio sindacale elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, si dà atto che “la rinuncia del sindaco ha effetto immediato. In caso di rinuncia, laddove sia possibile, il collegio sindacale è integrato mediante il subingresso dei sindaci supplenti; laddove ciò non sia possibile, gli amministratori devono provvedere tempestivamente a convocare l’assemblea dei soci affinché provveda ad integrare il collegio.” Il diritto del sindaco di dimettersi si inserisce quindi “nell’alveo dei criteri enunciati dal codice civile a garanzia della libera disponibilità del recesso dall’incarico assunto, salva naturalmente la responsabilità del rinunziante per i danni eventualmente causati dal recesso”.

Nella massima dei notai del Triveneto viene invece riportato come “sia sempre possibile per uno o per tutti i sindaci in regime di *prorogatio* per scadenza del termine rinunciare alla carica, rendendo quindi immediatamente efficace la propria cessazione. Qualora l’organo di controllo diventi incompleto e non sia possibile ricostituirlo integralmente, per incapacità dell’assemblea o per non reperibilità dei sindaci disposti ad accettare l’incarico, la società si scioglie”. Addirittura in tale massima viene specificato come anche per i sindaci prorogati per scadenza del termine sia comunque possibile rassegnare le dimissioni in ogni momento, svuotando di fatto il contenuto di cui all’art. 2400, comma 1, c.c. Non viene invece effettuato alcun cenno alla sostituzione automatica del sindaco supplente, optando per l’efficacia immediata della cessazione della carica a prescindere da ogni comunicazione.

5. Alla necessità del subentro dei supplenti fa invece riferimento autorevole dottrina, alla quale si è probabilmente ispirato anche il Tribunale di Mantova per quanto concerne il provvedimento citato¹³.

In particolare è stato sottolineato come sia necessaria una comunicazione al sindaco supplente in caso di dimissioni dell’effettivo da parte del collegio sindacale in caso di sua sussistenza o, in caso di cessazione dell’intero collegio, da parte dell’organo amministrativo, interessato comunque al corretto funzionamento dell’organizzazione amministrativa. La comunicazione dovrebbe inoltre essere presentata in forma scritta e con prova della ricezione da parte del sindaco supplente; diversamente “può essere difficile stabilire il momento esatto della conoscenza del fatto che determina il subingresso del supplente, e quindi il momento preciso dell’entrata in carica, con ogni conseguenza relativa”¹⁴.

¹³ Cfr. P. MAGNANI, *Collegio Sindacale e Controllo contabile*, cit., p. 147 ss.; G. CAVALLI, *I sindaci*, cit., p. 46 ss; G.U. TEDESCHI, *Il collegio Sindacale*, cit., p.78 ss.

¹⁴ Cfr. G.U. TEDESCHI, *Il collegio Sindacale*, cit., p.78 ss.

COMMENTI A SENTENZE

DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO

Ad ogni buon modo, i problemi da affrontare in caso di dimissioni del sindaco appaiono molteplici.

Tra questi, ad avviso di chi scrive, andrebbe valutato il momento dell'efficacia delle medesime. Come è (ormai) noto, le impostazioni giurisprudenziali sono diverse: immediate, a prescindere da qualsiasi comunicazione ai sindaci supplenti, oppure subordinate alla notificazione a quest'ultimi (senza che sia necessaria un'ulteriore accettazione).

Ma cosa accade se non vi fossero sindaci supplenti disponibili a subentrare agli effettivi, magari poiché già subentrati precedentemente o perché venuti a mancare?

Se accettassimo la prima impostazione, l'assemblea dovrebbe essere immediatamente convocata con all'ordine del giorno la nomina dei nuovi sindaci, ben potendo mancare addirittura l'intero collegio.

Nel caso in cui si volesse accettare la seconda impostazione (secondo la quale il subentro non è automatico), ci si troverebbe in una situazione maggiormente problematica: il sindaco effettivo non potrebbe sostanzialmente dimettersi, dovendo mantenere l'incarico in regime di *prorogatio* fino alla scadenza del mandato (se l'assemblea non è in grado di, o non vuole, nominare altri sindaci)¹⁵. Sarebbero infatti da considerarsi in carica gli ultimi sindaci dimissionari in ordine di tempo, qualora il numero dei supplenti non sia sufficiente ad integrare il collegio sindacale¹⁶. Secondo questa visione verrebbero distinte le ipotesi di morte e decadenza da quella di rinuncia: immediatamente efficaci le prime due, subordinate al subentro del supplente le ultime¹⁷. In caso si condivida tale prospettazione (respinta però dal Tribunale di Bari nella sentenza in commento), il costante funzionamento dell'organo di controllo verrebbe sempre garantito, ma verrebbe al tempo stesso soffocato diritto soggettivo del sindaco a rinunciare all'incarico¹⁸. E poste le enormi responsabilità dell'ufficio di quest'ultimo

¹⁵ Ergo l'unico effetto prodotto dalle dimissioni del sindaco, in caso non sia disponibile un supplente per sostituirlo, sarà quello di rendere necessaria la convocazione con urgenza dell'assemblea per la nomina del nuovo collegio. Cfr. C. MASUCCI, *Note in tema di procedimento ex art. 2409 c.c. e di funzionamento del collegio sindacale*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, II, p. 40. Si osservi peraltro che proprio l'attività sostitutiva del collegio sindacale trova la sua massima espressione nell'art. 2406, comma 1, c.c., in virtù del quale l'organo di controllo, in ipotesi di omissione o ritardo non giustificato da parte degli amministratori atti ad arrecare un danno alla società, deve convocare l'assemblea. Cfr. A. BIANCHI, *La responsabilità dell'organo amministrativo e di controllo*, Milano, 2009, p. 117. Accettando tale impostazione appare evidente come l'organo di vigilanza non possa che operare in regime di *prorogatio*.

¹⁶ Cfr. G.U. TEDESCHI, *Il collegio Sindacale*, cit., p.78 ; Trib. Bari, 1 agosto 1979, in *Vita not.*, 1980, p. 234.

¹⁷ In senso contrario si veda C. MASUCCI, *Note in tema di procedimento ex art. 2409 c.c. e di funzionamento del collegio sindacale*, cit., p. 40.

¹⁸ Venendo applicato anche per il collegio sindacale il regime di *prorogatio* previsto dall'art. 2385 c.c.

COMMENTI A SENTENZE

DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO

(non solo di carattere patrimoniale, soprattutto se la società è diretta all'insolvenza), appare evidente come ciò possa rappresentare per lui una "gabbia dalle incerte conseguenze". Il tutto, a maggior ragione se si considera che l'organo di controllo è di solito legittimato ad intervenire, in caso di disaccordo con gli amministratori, generalmente in un momento successivo agli atti eventualmente oggetto di contestazione¹⁹.

Si osservi come tale interpretazione parrebbe potersi desumere, tra l'altro, anche dalla lettura dell'art. 1727 c.c., applicabile ai rapporti di amministrazione e di controllo (e non solo dall'interpretazione "estensiva" dell'art. 2385 c.c.): un organo essenziale della società non potrebbe venire meno fino a quando questo non sia ricostituito, anche in caso di dimissioni per giusta causa²⁰. L'esatto contrario di quanto affermato dal Tribunale di Bari, secondo cui la presenza dell'organo di controllo non è imprescindibile (diversamente da quello amministrativo) e "*la cui assenza viene risolta dal sistema con la previsione dello scioglimento della società (così impedendo la sopravvivenza di una società priva dell'organo di controllo)*".

D'altro canto, la tesi espressa dal Tribunale pugliese risolverebbe sul nascere anche ogni problematica relativa alla composizione qualitativa richiesta dal comma secondo dell'art. 2397 c.c. (si pensi, ad esempio, al caso in cui dovessero mancare, sia come sindaco effettivo, che come supplente gli eventuali unici iscritti nel registro dei revisori contabili istituito presso il ministero della giustizia, così come stabilito dal

¹⁹ Al riguardo la circolare Assonime n.18 del 14 aprile 2006 specifica come nell'attività di controllo del collegio sindacale possano essere identificate tre fasi, strettamente collegate fra loro: la fase ricognitiva, quella valutativa e quella comminatoria di intervento attivo. "All'inizio del mandato il collegio sindacale deve acquisire la conoscenza della struttura organizzativa-aziendale che è tenuto a vigilare in considerazione dell'oggetto sociale, del settore di attività, del mercato in cui opera, delle dimensioni e delle prospettive di medio periodo. Dovrà altresì conoscere l'organigramma ed il sistema delle deleghe e, nel corso del mandato, effettuare un'adeguata verifica della tipologia dei controlli insite nelle procedure di funzionamento dell'azienda e della loro capacità di rilevare errori ed irregolarità. Ne consegue che i controlli saranno, ad esempio, articolati diversamente nelle società in cui esiste una funzione di controllo interno affidate ad un apposito comitato, da quelle in cui essa non esista in ragione delle ridotte dimensioni aziendali. La fase dell'intervento attivo infine è tesa a reagire contro gli atti e le omissioni degli amministratori pregiudizievoli per la società: essa si realizza attraverso la denuncia agli organi competenti delle irregolarità riscontrate".

Su quest'ultimo tema si segnala come il testo dell'art. 2393 c.c. (modificato dall'art. 3, comma 1, lett. a), n.1, legge 28 dicembre 2005, n. 262 – disposizioni a tutela del risparmio), preveda che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori possa anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale, con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

²⁰ Cfr. Trib. Milano, 26 aprile 1983, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, p. 112, con nota di G. Ferri e in *Società*, 1983, p. 1157 ss., con nota di G. Ferri e V. Salafia.

COMMENTI A SENTENZE

DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO

d.lgs. 39/2010). E' infatti da escludere che la sostituzione automatica del supplente sia possibile se quest'ultimo non possieda le caratteristiche del sindaco effettivo dimessosi: anche in tale eventualità l'assemblea dovrà procedere ad integrare il collegio con uno o più componenti scelti al di fuori dei supplenti.

A parere di chi scrive, la tesi del Tribunale di Bari presenta comunque spunti condivisibili, e questo per due ordini di ragioni: *in primis*, per il semplice motivo che il silenzio del legislatore riguardo alla proroga coatta dei sindaci dimissionari (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*), risulta forse più evidente rispetto alla (opinabile) valutazione della prescindibilità o meno dell'organo di controllo nella società, seppur per un periodo di tempo limitato.

Altro motivo, ancor più ovvio, è quello della peculiarità del delicato ufficio ricoperto dal sindaco, profondamente diverso da quello dell'amministratore²¹; non sfugge inoltre il particolare tratto distintivo della rinuncia, di carattere volontario, rispetto alle altre cause di cessazione previste dall'art. 2401 c.c.

Non appare quindi agevole individuare una soluzione che contemperi le esigenze della società (ad avere un organo di controllo) e del sindaco (a cui non dovrebbe essere negato il diritto a dimettersi): a parere di chi scrive, sei mai una soluzione potesse essere perseguita, andrebbe trovata e valutata anche alla luce dei sindaci rimasti in carica, sia in presenza, sia in assenza di subentri da parte dei supplenti. Se infatti rimanesse in essere un collegio composto da un numero di componenti inferiore rispetto a quello previsto dallo statuto societario, ma comunque con la maggioranza degli stessi (ad es., due su tre o tre su cinque), la società ben potrebbe avvalersi del collegio privatosi momentaneamente di (almeno) un membro del collegio sindacale²². Altro discorso è se la maggioranza dei componenti dell'organo di controllo venisse del tutto a mancare: in questo caso non vi sarebbe più alcun collegio e la *prorogatio* dei sindaci dimissionari

²¹ Al riguardo, in dottrina è stato osservato che “un sindaco dimissionario è un sindaco che non vuole o non può esercitare le proprie funzioni”, con la conseguente logica inopportunità di prorogare l'incarico contro la volontà del medesimo. Cfr. L. GIORGIO, *Applicabilità dell'art. 2385, comma 2, c.c. al recesso del sindaco di S.p.a.*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p.533 ss.

²² Si tenga in considerazione che l'art. 2402, comma 2, c.c. prevede solo che “se con i sindaci supplenti non si completa il collegio sindacale, deve essere convocata l'assemblea perché provveda all'integrazione del collegio medesimo”.

COMMENTI A SENTENZE

DIMISSIONI DEL SINDACO EFFETTIVO

verrebbe avvalorata, contrariamente a quanto espresso dal Tribunale di Bari, dall'esigenza imprescindibile da parte della società di continuare ad avvalersi del suo organo di vigilanza²³.

²³ Al riguardo è stato osservato (cfr. P. MAGNANI, in *Collegio Sindacale e Controllo contabile*, cit., p. 147) come “il principio della *prorogatio* è generalmente ritenuto operante nel caso in cui più sindaci si dimettano simultaneamente e con l'ingresso dei supplenti non sia completato il collegio. In questa ipotesi è opinione comune che debbano considerarsi in carica gli ultimi sindaci dimissionari. Questi ultimi rivestiranno, quindi, le funzioni di sindaci fino alla nomina (o meglio, come è stato precisato, all'accettazione) dei nuovi componenti”. In senso analogo si veda anche G. DOMENICHINI, *Artt. 2400-2401*, in *Commentario* G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, I, p.745; G.U. TEDESCHI, *Il collegio Sindacale*, cit., p.77. Impostazione in parte simile è stata tenuta anche dai giudici del Palazzaccio, i quali hanno proposto una soluzione ibrida: è stata infatti ritenuta sussistente l'automaticità degli effetti delle dimissioni dei sindaci, con esclusione della proroga coatta, solo se in presenza (pur senza accettazione) di supplenti in numero sufficiente per la sostituzione, mentre in caso contrario, le rinunce non potranno ritenersi efficaci. Cfr., la già citata, Cass., 18 gennaio 2005, n. 941, in *Giust. Civ.*, 2006, 2, I, p. 445 ss.